

# 行政决策运用大数据的法治化

孙丽岩

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

**摘 要:** 当今社会, 行政决策高度依赖于信息, 而行政机关搜集信息的完整性、准确性直接决定了行政决策的质量。传统官本位思想、层级制的行政体系以及局限于系统内部的信息传递渠道等, 阻隔了信息与行政决策之间的互动通道。大数据技术的发展和运用, 有力地推进了两者的互联互通, 但大数据为行政决策提供海量信息的同时, 又容易出现信息被人为利用、编辑而误导行政决策。为发挥大数据对行政决策的积极作用, 立法应从大数据的提取、运用程序以及使用的法律后果上予以规范。只有将大数据的运用置于法治轨道内运行, 才能真正实现行政决策的精准和高效。

**关键词:** 行政决策; 大数据; 法治化

中图分类号: DF0 - 05      文献标志码: A      DOI: 10. 3969/j. issn. 1001 - 2397. 2019. 01. 07

21 世纪蓬勃兴起的以信息技术为基础的大数据从手段上区别于人类历史上出现的农业革命、工业革命和信息化革命, 是一场深刻改变人类认知模式的智力变革。2015 年 9 月国务院印发的《促进大数据发展行动纲要》要求推动大数据的发展和应用, 用 5 至 10 年的时间打造精准治理、多方协作的社会治理新模式。行政机关借助于大数据开展行政活动, 一方面可以充分利用技术优势减轻公务人员的工作负担、提高行政效率, 另一方面大数据技术链接不同的行政组织的活动, 使同一部门不同阶段的行为或者不同部门之间的行为高度融合, 促进了行政流程日趋高效和透明化。从实践来看, 虽然

大数据对于行政决策确实起到了以往单纯依靠政府人工收集、处理信息所无法达到的便利、准确和全面, 但是在其实施中也暴露出囿于传统行政长官思维、信息甄选片面等影响政府依法决策的顽疾, 如何从法律层面构建行政决策的大数据系统化工程, 任重而道远。

## 一、行政信息的整合与行政决策的产生

(一) 起源于信息技术革命的大数据集中体现了信息的价值

根据维基百科( Wikipedia) 的定义, 大数据是一个复杂而庞大的数据集, 以至于很难用现有的数据库管理系统和其他数据处理技术来采集、存储、查找、共享、传送、分析和可视化<sup>①</sup>。目前, 如何界定大

收稿日期: 2018 - 11 - 05

基金项目: 2014 年度国家社科基金一般项目“高等院校学术权与行政权的分歧与共进研究”( 14BFX010)

作者简介: 孙丽岩( 1975), 女, 吉林舒兰人, 厦门大学法学院教授, 法学博士。

<sup>①</sup> 参见: wikipedia . Big Data [EB/OL]. [2018 - 06 - 08]. [https://en.m.wikipedia.org/wiki/Big\\_data](https://en.m.wikipedia.org/wiki/Big_data).

数据并无统一的概念,不同的人分别根据自己的理解来定义大数据,即便诞生大数据的信息技术领域对大数据的概念也莫衷一是。无论人们如何界定大数据,从其表现方式上大众共识是大数据源于信息技术革命,与信息的搜集、处理和运用密切相关。

历史发展的经验告诉我们,无论是战场、商界抑或科研领域,获胜或者超越的重要因素是比对方或者竞争对手掌握更多的信息,在此基础上寻求比对方或竞争对手更快捷、更准确的决策。在计算机辅助系统产生之前的决策主要依靠人工统计、分析信息,决策者更多地依赖于其本身或团体的经验与直觉做出决策。

随着计算机辅助系统特别是网络的普及,各种数据借助于辅助系统推送至政府、社团组织、企业或者个人,数据来源多渠道、类型多样,由此引发的数据分析方式、方法也取得了突飞猛进的进步。政府部门日益依赖技术分析所获得的数据用作行政决策的基础,在这样的背景下诞生了大数据决策,这是一个从量变到质变的过程。社会生活中单个的信息被搜集、运用的过程实质上就是生产数据的过程,大批量的信息数据最终形成了数据资源。按照美国学者 Schonberger 的观点,大数据形成决策依据主要有三种形式:从精确分析到近似分析、从样本分析到总体分析、从因果分析到关联分析<sup>[1]</sup>。大数据的出现,使得数据资源的使用实现了从量变到质变的飞跃,大数据技术从基础的信息技术派生出来并迅速壮大。

由此可见,虽然大数据是新近出现的概念,但从大数据源于对信息处理、整合的升级来看,行政决策始终无法脱离数据所代表的信息整合过程,大数据仍然只是行政决策所依赖的集成度较高的信息综合体。

## (二) 行政决策对信息的依存度

按照我国目前多数学者的理解,行政决策是与行政规章相并列的一种抽象行政行为类型,是行政机关作出抽象行政行为必经的程序环节<sup>[2]</sup>。也有学者借鉴行政学的概念定义了行政法概念上的行政决策,认为行政决策是拥有法定职权的行政机关

为实现既定行政目标,在法律和政策框架内选择活动方案并作出决策的行为,以解决特定行政事项。无论行政决策是行政学概念还是行政法概念,毋庸置疑的是,行政决策是行政主体作出行政行为的量化过程,它集中代表了行政主体的意志,并通过民主集中制或者代议制的方式实现决策的合法化、科学化,其中实现民主的途径就是在对民意信息的游说、整合的基础上实现的。

古今中外的行政发展历史充分证明了信息对于行政决策的重要性,没有充分有效信息保障的行政决策活动无异于盲人摸象。例如,我国唐代就已在中央和地方设置了成建制的行政资料信息搜集、统计等的机构和人员,设立了高效运转的信息传递渠道,用以保障最高行政决策所需依赖信息的畅通、准确和及时。决策的信息来源包括各级官员的“上书”“奏事”文书,包含奏抄、奏弹、露布、议、表、状等。同时,中央政府还将尚书省作为中央信息中枢,负责受理全国各行政机关和官员上报中央的奏章文书,以此来通过信息汇总研判实现令达天下。当今美国总统及其内阁设置国家情报局、中央情报局等机构,依照美国《宪法》的规定就与各自职责相关的问题向总统提供咨询意见,同时还设置了各种行政办公室,比如国家安全事务委员会、经济顾问委员会、环境质量委员会等,其主要任务也是为总统行政决策提供和收集经济发展与动向、国家安全动向等各方面的情报信息。

可以说,从古至今没有哪一国或者哪一级政府能够闭门造车地作出行政决策,信息的汇总、整理都是行政机关作出决策前必须依赖的,尽管有时候这种信息不一定是准确的或者客观的,但相关信息的收集、汇总、整理、分析依然是政府行政决策所不可或缺的。

## (三) 以信息集成为目标的大数据与行政决策

大数据体现了各种信息的高度集成和运用,与过去通过人工收集、整理海量信息相比,大数据能够相对真实地给决策层提供客观、翔实的信息数据,甚至决策层可以借助于某些信息平台直观地收集到信息,而不必通过幕僚机构或者咨询部门。行

政决策特别是中央政府的决策所依赖的信息不客观、不真实,将直接导致决策偏差甚至是重大失误,也许这种二手过滤后呈现的信息并非是经办人员、机构有意曲解,但传统信息沟通渠道呈现的信息往往容易因过滤而失去其客观性、真实性。相反,如果大数据信息统计真实、来源可靠,将会为政府行政决策提供相对可靠的技术支撑和决策依据。

无论传统信息传播途径还是体现为大数据的信息集合体,都是行政主体作出行政决策时的重要依据。只是在大数据时代,政府行政决策的依据少了些许个人经验和长官意志,而是更倚重于实实在在的数据。在过去注重实地走访、深入调研的基础上拓宽了渠道,客观数据和据此诞生的数据分析结果将成为极为重要的政府决策依据。“尊重事实、推崇理性、强调精确”的特征和“用数据说话、用数据决策、用数据管理、用数据创新”的观念引申为政府作出行政决策遵循的基本原则。

## 二、信息高度集成的大数据影响行政决策的利弊分析

以信息集成为主体的大数据对于行政决策的影响是多方面的,既有正面的影响,也有负面的影响。

### (一) 大数据对行政决策的正面影响

第一,大数据促进了行政机关决策观念由内部决策向公共决策的转变,服务行政与大数据的结合成为可能。如前所述,大数据实现了信息的价值、信息的正确传导对行政决策的决定性作用,此外,由于大数据不存在行政机关行为的内外之分,所有的可公开或被迫公开的数据都会成为大数据的来源,信息的外化和整合促使行政机关在行政决策时缩小了行为的内外差别,改变了以往决策属于内部行为的思维惯式。对于决策机关而言,行政决策的中枢机构往往很难直接掌握复杂的社会现实和贴近民意的真实信息,致使决策依赖的关键性信息缺失。此外,由于我国传统的行政组织体系采用固有的条块分割模式,各部门、各系统各自为政,掌握本部门、本系统的决策信息,彼此之间缺乏决策信息

的有效传递和资源共享。如今,决策机构借助于大数据的分析手段就可以了解社会的现实状况和民众的意见诉求,构建网格化、一体化和共享的信息传递通道也成为可能,从而促进了信息资源的实时共享与直接传递。

第二,大数据衍生了行政决策的不同方式,将民众参与从有选择性变成了大众化。如前所述,传统的行政决策系统主要是在行政系统内封闭运行,忽视了大众参与的促进作用。借助于大数据,普通民众能够通过大数据信息加强与行政机关的沟通与联络,及时对决策议题提出意见和建议,良好的同步沟通使行政决策更加贴近民意、反映民生。与此同时,民众的参与也增强了大数据时代的行政决策咨询力量,拥有各类专门知识和经验的民众、专家、学者可以根据各自的专业特长,利用互联网平台实施网络问政,拓展行政决策咨询范围、促进咨询体系的多元化,大数据的运用使得这类信息的搜集、整理更加便捷、迅速。在此背景下,民众参与行政决策不再是由行政机关被动选择,而是根据自己的切身利益关切或者专业知识积极主动地参与,行政决策不仅在结果上惠及大众,而且在整个过程中公众的参与始终相伴,从而保障了行政决策不偏离群众切身利益的需要。

第三,大数据促进了行政决策的科学化,增强了决策的正面效果。首先,大数据拓宽了信息集成的渠道,增强了行政决策所依赖的信息客观性与多样性。如前所述,传统的行政决策依赖的信息基本都源于行政系统内部,信息搜集和存储的时间间隔不长、信息汇集的技术有限,且除了宏观基础数据外较少有对数据信息进行深入的模块式分析。在大数据时代,得益于信息技术的快速进步,类似于神经元的数据搜集整理系统能实现关联信息的自动搜集、整理、分析,不仅在信息的获取上更客观,而且信息的更新和储存也得到优化。与此同时,神经元式的大数据搜集将社会主体都变成了信息的生产者、搜集者和传递者,多元信息收集主体得到政府部门的认同和采纳,可以避免传统信息采集中重视正面信息而有意忽视负面信息的现象。其次,

依托大数据的行政决策具有更为科学的预见性。传统的行政决策的数据主要来源于人工统计,因局限于数据样本规模太小等原因,无法及时全面感知事态的发展状况,一定程度上可能会造成行政决策的相对滞后。但凭借整合大数据、矢量计算并预测信息技术优势的行政决策能够实现对海量信息的捕捉、分析,比如对网络舆情和社情民意的把控和分析,可以随时了解社会矛盾的焦点和民众的迫切需求,从而科学预测、锁定决策议题。统计数据表明,百度公司通过搜索平台分析出的消费者信心指数走势比官方统计往往要早10个月,该数据一度成为中国宏观调控的重要先行参考指标<sup>[3]</sup>。此外,大数据凭借其强大的数据抓取能力,能够做到对决策对象进行全方位分析,在庞大的数据样本基础上研判数据之间的关联和规律,及时有效地捕捉现时的热点信息并预测未来的发展趋向,特别是针对群体性的热点问题作出预测性决策。再次,大数据蕴含的技术优势能及时反馈信息并优化决策方案。在信息技术依赖于手工传递的时代,静态的信息反馈相对滞后、信息在行政系统内部进行传导反馈,其功能性相对受限。而大数据借助于现代信息技术,不仅可以通过信息技术的集成终端来汇集有效的决策执行情况,通过大数据平台的响应功能提高传递速度和响应能力,而且多渠道地拓展信息反馈主体,公民可以借助各种信息收集系统向行政管理者传递关于决策执行的相关信息。与此同时,借助于大数据手段,行政主体在行政决策过程中可以获取尽可能多的可供选择的信息,并借助大数据分析的手段筛选有效的决策信息,同时弱化层级制的信息传递模式,通过主动、同步公开行政决策的步骤,推动民众对行政决策的理解和支持。

## (二) 大数据对行政决策的负面影响

大数据在促进行政决策理性发展的同时,也会不可避免地带来负面影响。

第一,大数据的海量信息会迟缓行政机关的决策步伐,甚至会导致行政机关无所适从。日常实践中,大数据的信息量惊人,比如截至2017年9月,新浪微博月活跃人数共3.76亿,与2016年同期相比

增长27%;日活跃用户达到1.65亿,较上年同期增长25%<sup>①</sup>。截至2017年9月,微信每天登录的用户超过9亿人次,日发送信息380多亿条,日发送微信语音61亿次,日发表朋友圈视频6800万次<sup>②</sup>。以上只是最常见的两类数据来源,而行政决策的舆情大数据除了来源于上述网络平台外,还有大量经济信息来源于阿里巴巴等综合商务交流平台。随着网络终端的广泛普及和经济活动的频繁,跨时空、跨区域、跨行业的信息交融和汇集成为可能,其中蕴含的信息量异常丰富。根据阿里巴巴的预测数据,预计到2020年全球数据总量将超过40ZB(相当于40万亿GB),这一数据量是2011年的22倍<sup>[4]</sup>。“从社会研究的视角来看,大数据是痕迹数据汇集的并行化、在线化、生活化、社会化。数据汇集的并行化是指同时运行很多个线程。在线化,就是数据本身在线上,不在你的桌面计算机或移动硬盘中。社会化,指每个人都有可能是数据的提供者。简单地说,大数据就是形态数字化、非结构化、在线流动着的数据。”<sup>③</sup>如何从这些体量庞大、信息繁杂的数据中提炼出行政决策所需的素材,可能会成为决策机关面临的技术性难题。如果行政机关在决策过程中,过多地依赖信息素材而缺乏主观取舍,会人为地被信息束缚住手脚,延缓行政决策的进程。

第二,大数据的形成无法避免主观性导致的数据偏向性,会误导行政决策的方向。大数据与常规的行政系统内信息形成、搜集渠道不同的是,大数据的形成是多方努力的结果,具有开放、共享、交互回应的特点。互联网平台特别是移动社交平台催生了大量的交互信息,这些交互信息产生的大数据具有群聚性、交互性以及流传速度快、响应时间短

① 详细数据,请参见:新浪微博数据中心. 2017 微博用户发展报告 [EB/OL]. (2017-12-25) [2018-06-06]. <http://www.useit.com.cn/thread-17562-1-1.html>.

② 详细数据,请参见:搜狐. 重磅! 2017 微信数据报告! (完整版) [EB/OL]. (2017-11-09) [2018-06-06]. [http://www.sohu.com/a/203437993\\_667510](http://www.sohu.com/a/203437993_667510).

③ 参见:邱泽奇. 大数据给社会学带来了什么挑战 [EB/OL]. (2015-06-02) [2018-06-06]. [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_6eab21a30102vk4f.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_6eab21a30102vk4f.html).

等特性,数据之间互相联通、相互交织,彼此存在各种微妙的关联关系。大数据提供给政府决策参考的信息因为其相互嵌入,决策者往往只能发现数据之间的相互关联性,了解信息的表面内容,而无法抽丝剥茧地找到信息的具体来源,无法真正探究数据隐含信息背后的源起,这就为某些利益团体或者个人有意或无意扭曲信息提供了“马甲”。穿着“马甲”的信息不可避免地带有偏向性,如果对此无法准确甄别的话,无疑会影响行政决策的正确方向。此外,政府行政决策依赖的传统内部信息渠道会使决策者放松对信息的甄别。在信息量匮乏和交流不畅的过程中,政府主要依赖过往经验判断进行可预测性管理。有限的信息量导致政府缺少有力的治理决策信息来源,决策者实际上仅仅依赖于自身素养,尽可能地寻求“足够好”的决策而已,此时政府所能获得的信息量有限,且基本都来自于政府系统内部。但是,大数据时代样本数据非常庞杂,容易导致在信息研判中忽略数据间的逻辑性和准确性,而仅仅根据对数据的样本分析直接获得想要的结论。然而,数据是数据,现实是现实,没有人能界定或保证隐私。个人应该能有机会控制数据应用,而需要数据的机构则可以与之协商<sup>[5]</sup>。如果政府决策完全依赖于这种结论式的大数据,就容易陷入数据的漩涡而不能自拔,甚至于被大量人为的、有倾向性的信息所左右。特别是类似于人工神经网络的大数据,信息之间又彼此交错、互为因果,且处于分散存储、大规模协同状态,从而可能让决策者无所适从或者偏听偏信。

第三,大数据所形成的开放式互动渠道可能会造成舆论绑架行政,迟缓行政决策的作出。大数据时代的到来与自媒体时代的繁荣是密不可分的,当今社会民众公开表达诉求、参与社会公共治理的渠道日趋多元化,但受限于公民素质和有关监管制度的缺失,信息有时候又可能成为某些人宣泄其非理性情绪的出口,还有可能发生利益团体借机恶意蛊惑民众并蓄意散布虚假信息。特别是行政决策触动某些个人利益时,民众的非理性情绪可能会被少数别有用心的人群或个人恶意挑动,从而削弱民众

对政府决策公信力的信任感,人为引发群众对政府决策的不满情绪而阻滞政府作出决策。更有甚者,如果任由某些利益集团对政府施加影响而使政府作出对其有利的行政决策,则受损的可能就是公共利益或者国家利益。特别是当市场经济发展到一定阶段,一些利益集团为了实行自身利益的最大化,往往希望通过垄断市场价格并打压、排斥竞争对手,为此,他们可能还会动用包括舆论“水军”在内的各种手段以所谓的民众诉求来裹挟、影响各级政府的决策。按照常理,民众的合理诉求理应受到重视,但是某些利益团体有意制造虚假舆情,试图影响政府作出偏向于自身利益的行政决策,政府对此应予以高度警觉。

### 三、行政决策运用大数据实践存在的主要法律问题

除了大数据本身存在的诸如舆论绑架决策等负面影响外,我国行政实践中由于法律定位不清晰、行政主官思维定势和信息共享与安全的诸多因素,导致行政实践运用大数据存在定位不清晰、运用手段单一等亟待完善的问题。

#### (一) 大数据采集、运用和保护的法律依据不充分

大数据的大量运用要求现有的法律体系因势利导顺应其发展需要,既要在行政领域让大数据的应用有法可依,但又必须在法律上为大数据的合理利用划定必要的法律边界。实践中我国目前仅有《网络安全法》《政府信息公开条例》等法律、法规规定了信息数据的日常运用规则,而对于行政机关如何搜集、相关机构应当如何配合行政机关提供大数据以及大数据应用的相关法律责任则鲜有触及。法律的缺失让行政机关在决策过程中运用大数据的方式方法比较随性,缺乏系统性而多带有领导的主观色彩,影响了大数据的可靠性和权威性。未经法定程序确认、验证、使用的大数据,或者未采用法定程序搜集到的低质量数据最终必然会影响行政决策的作出和后续执行。

除了缺少采集、运用大数据的法律规定,对大

数据涉及的信息保护问题我国目前的法律也是缺位的。政府决策中搜集的个人数据对政府而言具有信息集成的参考价值,而对公民而言则具有人格自由隐私价值、经济价值等,因此有关大数据的法律规定不能仅从政府角度考虑如何便利地利用个人信息,更应从构建系统化法律体系的角度建立起数据的规范与治理体系,在民法、刑法、行政法等多角度形成系统化的个人信息赋权、利用和保护的法律制度,实现公民个人利益、数据采集方的经济利益与国家公共利益的有机统一。目前,各国主流的做法都是采取了公法规制与私法赋权双管齐下的治理模式加强对行政决策中个人数据的保护与使用。通常的公法规制就是通过行政法律法规来引导、规范,同时确保政府收集、存储和使用个人数据的权力在既定法律范畴内,如我国的《网络安全法》及国外颁布的各种个人数据保护法或个人信息保护法。私法赋权通常是通过立法将涉及个人的权利界定为民事主体的法定民事权利,通过私权制度对大数据时代的个人数据给予保护。只有解除了公民对政府利用个人数据的后顾之忧,才能保证数据的来源真实可靠。

## (二) 政府决策主体对网络大数据应用的认识偏差困扰并限制了大数据的运用

如前所述,大数据时代的决策方式逐渐由自上而下的主动式决策转变为民众参与式决策,决策参与主体也由之前的社会精英转向社会普通民众<sup>[6]</sup>。行政决策的决策者虽然意识到了大数据体现出的民众参与决策的积极意义,但在实践中往往容易陷入截然不同的两极误区:对民众参与决策的抵触和对大数据参与的过度依赖。理论上讲,政府意识到了自媒体以及社交网络普及为搜集民意提供了客观条件,民意表达成为公共决策的中坚力量,决策机关将来自社会公众的数据转变成一种基础资源,进行专业的分析和整合,并作为公共决策的重要依据和实践支撑。如前所述,确有部分民众利用数据信息大肆宣泄个人的非理性情绪,甚至因受蛊惑或者金钱诱惑而蓄意传播虚假信息,尤其是发生重大突发性公共事件时,公众可能会将政府公开信

息掺杂非理性情绪予以传播并不断发酵,导致公众对政府决策的质疑、不满情绪被放大。因此,政府在决策过程中往往不太愿意全程公开政府信息,甚至以《中华人民共和国政府信息公开条例》作为“挡箭牌”来限制公民获取行政决策的数据,这种回避式的决策过程显然过于简单粗暴。

与此相反,如果政府过于依赖网络信息甚至简单地以网络大数据作为唯一决策依据,除了数据本身的失真或者错误引发的决策失误外,网络群体覆盖面窄也会影响政府决策的全面性和客观性。众所周知,政府决策的大数据源于互联网,网络民意加上各种公司搜集整理的信息集合起来堪称海量,是当之无愧的大数据,但是网络民意并不能代表所有民众。中国互联网络信息中心(CNNIC)在2018年1月发布的第41次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2017年12月,我国网民规模达7.72亿,互联网普及率为55.8%,其中学生群体和自由职业者占比为46.7%,10岁~39岁群体占整体网民的73.0%<sup>①</sup>。从该报告体现的内容来看,我国的互联网在群体公众中普及率仅仅过半,而且网民中学生群体和自由职业者占比很高,其实在社会中有大量民众是不想上网、不能上网或不具备上网条件的,如果简单地以网民意见代替社会公众的意见,极易忽视不同群体参与社会公共治理的意见,政府决策社会治理面向的是全社会而不只是网络社会。因此,无论现代信息技术如何发达,起源于网络社会的大数据永远不可能覆盖整个社会,电子数据再翔实也永远只能展现社会生活的局部。大数据的内容再大,也只是社会总体的一部分而不可能是“全息摄影”。大数据虽然以大取胜,但其能否做到涵盖社会总体仍然需要社会治理实践去验证。此外,对大数据的依赖会导致政府决策为收集数据而收集数据,或者为追求数据的全面、精确而导致决策受制于数据上的困惑。数据的不断膨胀会导

① 详细数据,请参见:中国网信网.CNNIC发布第41次《中国互联网络发展状况统计报告》[EB/OL].(2018-01-31)[2018-08-05].[http://www.cnnic.net.cn/hlwfyj/hlwxbzg/hlwjbg/201803/t20180305\\_70249.htm](http://www.cnnic.net.cn/hlwfyj/hlwxbzg/hlwjbg/201803/t20180305_70249.htm).

致行政决策者将精力更多地集中在应对数据的收集整理上,痴迷于数据本身反而忽视了行政决策服务于民众的本意,导致政策延缓或过时。因此,如果政府决策者在主观上完全依赖、信任大数据反映的失真民意,可能会造成以偏概全、过于武断决策以及延误决策时机的后果。

(三) 政务大数据的相对封闭性制约了行政决策的效果<sup>①</sup>

从实践中政府决策使用的政务大数据来源来看,一部分数据来源于政府系统内部日常的行政活动,还有部分则来源于网络和互联网企业的搜集整理。在大数据时代,作为最大的公共数据资源拥有者的政府机构,理应合理开放、利用数据资源,让民众通过共享数据参与政府决策过程从而提升治理水平、提高政府执政透明度,让政府拥有的数据为全社会共享,实现大数据的经济和社会价值。发达国家中美国率先提出“开放政府计划”并设立了 Data.gov 网站以让民众共享政府数据,英、法等国家也陆续制订和实施了各具特色的政府数据开放计划<sup>②</sup>。我国国务院于 2013 年 8 月发布的《关于促进信息消费扩大内需的若干意见》指出,要加快政府职能转变和管理创新,促进信息资源开放共享和企业公平竞争,推动市政公用企事业单位、公共服务事业单位等机构开放信息资源。2016 年 2 月,上海市人民政府发布的《上海市推进“互联网+”行动实施意见》也要求,形成政务数据资源对外开放的统一门户,建设面向政府公共服务的大数据平台,提供基于电子政务公共云平台汇聚的数据资源,为行政管理提供大数据支撑<sup>③</sup>。虽然我国各级政府部门为政务数据的共享提供了要求,但实施效果却不尽如人意,政府决策获取的数据大多数仍处于条块分割、封闭运行的状态。

实践中,政府部门对开放、共享政府数据主要是基于以下几点考虑:一是将数据资源等同于本系统、本部门的权力资源,认为自身掌握的政府数据能为本系统或部门带来直接或间接利益,出于维护部门利益而不愿与社会公众分享。二是认为开放政府数据会暴露政府部门的决策和管理过程,客观

上限制了政府部门的自由裁量权,影响了政府部门的办事效率。三是存在懒政惰政思维,认为开放政府数据会引发公众对行政决策过程的质疑,多一事还不如少一事,更何况后续的数据更新和维护会增加既有的工作量等。诸如园林、水务、公共交通等公共企事业单位为维护其垄断地位和所谓的“商业秘密”,除了必须上报政府的数据外更不愿意开放其拥有和掌握的数据资源。基于上述认识上的偏差,客观上引发了政府部门对数据资源的分割和垄断,从而制约了政府部门的协同合作并降低了部门行政决策的水平。同时,因为行政机构部门之间相对封闭、各自为政的发展,导致业务数据标准格式不统一、不同信息系统之间的数据无法兼容,行政决策依赖的数据容易相互孤立而形成数据孤岛。

(四) 政府决策数据开放性带来的安全性堪忧

政府部门数据的封闭、分割固然制约了行政决策的完整性、系统性,但实行政务数据的开放与共享也是一把“双刃剑”,共享与开放为政府决策提供强有力信息支撑的同时,也为国家的数据安全 and 个人的隐私安全带来重大威胁。

一是行政决策数据面临的国家安全威胁。基于数据本身可传播、可复制的特性,行政决策依赖的数据同样可以通过技术手段迅速地复制、传播至世界上任意角落,数据资源共享可以是人为被利用,也可能是被恶意传播甚至被篡改。网络开放带来的不仅仅只有国家政治生活的便利性,相伴而生的还有利用网络窃取政府信息甚至通过掌控的信

① 根据《上海市政务数据资源共享管理办法》,政务数据指市级行政机关和依法经授权行使行政职能的组织在依法履行职能的过程中采集和获取的各类数据资源。(参见:上海市人民政府,市政府关于印发《上海市政务数据资源共享管理办法》的通知[EB/OL].(2016-03-08)[2018-06-08].<http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2319/nw12344/u26aw46814.html>.)

② 参见:苏东.政府大数据开放刻不容缓立法与市场需同步推进[EB/OL].(2015-04-17)[2018-06-08].<http://news.hexun.com/2015-04-17/175069349.html>.

③ 参见:上海市人民政府,市政府关于印发《上海市推进“互联网+”行动实施意见》的通知[EB/OL].(2016-02-16)[2018-06-08].<http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2319/nw12344/u26aw46341.html>.



息左右政府决策。由于我国信息网络产业发展起步较晚,大量信息基础设施和关键核心技术设备等都是进口自国外,某些国家极有可能利用其技术优势在设备和系统中植入“木马”类软件,以监控和窃取国家金融、税务、财政、交通等关键行业的信息数据。当今世界各国都将大数据视为国家财产的一部分,甚至将大数据作为国家主权的组成部分——数据主权,认为数据主权更应当是国家主权的一部分,否则网络空间中的数据为人类提供便利的同时也可能给各国造成混乱甚至带来战争,网络数据安全直接影响着国家主权安全<sup>[7]</sup>。

二是行政决策使用的大数据存在侵犯个人隐私的风险和隐患。在大数据时代,人们的个人身份、生活、工作、出行等特征和行为都被电子数据记录、储存,一方面它使得运用大数据技术收集个人信息变得更加方便、快捷,能够为行政决策提供相对真实的依据,另一方面,整合从个人身份信息到网络聊天记录、网络交易数据和地理位置信息等,可以相当精准地还原公民个人的生活轨迹、兴趣爱好等,极易被商业开发甚至会被人别有用心地加以利用。行政决策在使用大数据过程中不可避免地会收集、存储、使用个人数据,因此会不同程度地会触及个人隐私。政府是信息的利用者也是规则的制定者,政府理应出台具体措施将信息的保护延伸到信息收集、存储、处理和发布的每一个环节。“数据资产作为信息社会的核心资源,对政治、经济、安全等领域具有决定性的影响,在信息公开、分享数据的同时,更应该考虑个人隐私、社会安全与国家安全等因素,在满足社会数据开放需求与数据公开范围、公开时间和公开程度等方面寻求均衡点。”<sup>[8]</sup>

#### 四、行政决策运用大数据的法治进路

“数据浪潮,汹涌来袭,与互联网的发明一样,这绝不仅仅是信息技术领域的革命,更是在全球范围启动透明政府、加速企业创新、引领社会变革的利器。”<sup>[9]</sup>大数据之于政府决策是利大于弊的选择,但如何管好、用好大数据并服务于政府行政决策需

要从各个层面付诸努力,其中如何从法律层面规范大数据在行政决策过程中的运用是重中之重。

(一)行政决策依赖的大数据必须依法搜集、使用,不应侵犯公民隐私权和危害包括国家安全在内的公共利益

大数据时代下,人与社会之间的沟通、传递方式已经发生了深刻的变化,信息的传播方式已从传统媒体的线性传播转变为以裂变传播为主的方式<sup>[10]</sup>。在开源、共享的大数据时代,公民身兼信息的提供者、分享者和使用者,汇聚个人信息的流动呈几何级数增长的趋势。公共场所密集的摄像头,个人智能电子设备上的定位系统,携带射频识别技术的电子标签,云存储海量的数据信息等,这些大数据技术手段无时无刻不在记录着公民的个人行动轨迹、喜好,每个人都成为信息集成网络中的一个节点。近些年来,随着“棱镜门事件”“Facebook 客户信息泄密事件”的曝光,人们逐渐意识到自己的个人信息也会成为国家政府掌控的信息来源,并能服务于国家活动。特别是“Facebook 客户信息泄露事件”已经演变成重大的政治事件、经济事件、金融事件、科技事件、大数据事件、客户信息保护事件等深层次问题。这起事件的严重程度远远超过市场、政治家、经济金融家以及民众的预期。事件的严重性不仅限于北美 5000 万客户信息被泄露的庞大数据,而在于诸如 Facebook 等超级平台上积累的数据特别是客户信息被应用于政治选举之中,大数据竟然成为政治选举的工具。保障包含诸多个人信息在内的大数据采集、运用依法依规进行,成为政府决策运用大数据首先要考虑的问题。

根据我国国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会 2012 年发布的《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》第 3 条,个人信息是指:可为信息系统所处理、与特定自然人相关、能够单独或与其他信息结合识别该特定自然人的计算机数据。个人信息可以分为个人敏感信息和个人一般信息。工业和信息化部 2013 年发布的《电信和互联网用户个人信息保护规



定》第4条规定“本规定所称用户个人信息,是指电信业务经营者和互联网信息服务提供者在提供服务的过程中收集的用户姓名、出生日期、身份证件号码、住址、电话号码、账号和密码等能够单独或者与其他信息结合识别用户的信息以及用户使用服务的时间、地点等信息。”随着大数据技术的发展,对个人信息的收集、处理能力日益增强,个人信息的专属性日益增强,传统意义上的个人信息边界愈发模糊,个人信息范围的无限拓展为政府行政行为划定了更为严苛的范围,作为依法行政前提的信息来源无疑应当合法、有效。比如,四川某地的一张驾驶人违章的照片于2012年在网络上热传,照片中监控设备代码、汽车时速等道路交通监控信息显示该照片系出自于警方交通监控截图。原本用于交通执法和信息汇集分析的数据信息流传于公众视野,其中还含有车辆信息、清晰的人物形象等丰富的信息,该事件引发了行政执法获取的信息数据是否属于个人隐私的讨论。传统意义上行政执法机关通过法定途径获取的执法信息似乎与个人隐私无法关联,但随着交互式网络信息的发展,执法信息的收集、储存、使用就必须慎之又慎,否则就可能侵犯到个人隐私。

此外,传统的公民信息保护的知情同意模式要求有关机构在收集个人信息前,应当告知用户信息的处理状态,比如搜集信息之前的知情同意声明,个人是否知情并同意被视为机构合法搜集、使用个人信息的授权方式。然而,海量的信息技术客观上又冲淡了个人对信息搜集知情的敏感度,很少有人完整地去阅读所谓的知情同意声明,信息授权同意很容易成为一纸空文,由于用户个人缺乏实质意义上对其信息的控制权,当下社会中传统的个人信息保护机制实质上已经发生障碍。而被政府决策利用的个人信息在收集、整理的过程中,更不可能事先告知信息被采集人其信息会被政府利用作为决策依据,以免引发民众的逆反从而影响到数据的准确性和真实性。

各国政府在面临大数据便利性与个人信息保护合法性的两难选择时,大多数国家还是选择了站

在个人权利保护的高度重新设定或修改既有的法律体系,通过公私法兼顾的法律途径提升个人信息保护的力度,将公民信息衍生至数据主权、国家安全的高度。比如,美国于2015年颁布的《消费者隐私权利法案(草案)》通过场景式的立法模式划定个人信息隐私的边界,创造性地在具体所处环境中审视个人信息保护的合理程度,避免空洞的、抽象式的侵权预判,既促进了个人信息数据的合理利用和流动,又有效地规范了商业环境中个人信息的处理。欧盟的《数据保护通用条例》增设数据外泄通知、隐私影响评估、第三方认证等新机制,突出了场景导向、风险评估等新理念<sup>[1]</sup>。《中华人民共和国网络安全法》第42条第1款规定“网络运营者未经被收集者同意,不得向他人提供个人信息。但是,经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。”此外,该法第44条还规定“任何个人和组织不得窃取或者以其他非法方式获取个人信息,不得非法出售或者非法向他人提供个人信息。”

综合来看,在大数据时代,个人信息保护的目標是遏制个人信息的滥用,同时允许、鼓励包括政府决策在内的对个人信息的合理使用。如何界定“合理使用”的语境,既是政府裁量权的范围,也构成了个人信息保护的边界。公民隐私及个人信息保护的边界在不同的商业环境和政府行政过程中并非一成不变,而是伴随不同场景展现出不同的权利边界,行政决策机构应以公民权益和公共利益为考量中心,在保护与应用两者之间寻求最佳平衡点。

(二) 规范行政决策程序中大数据的使用条件、程序,建立开放、参与的大数据使用程序,发挥大数据的公众互动和参与功能

如何克服大数据时代数据的海量化以及由此引发的数据依赖性,是设置行政决策程序无法回避的问题。现有多数的地方行政决策程序规章对涉及大数据应用的规定都相对比较笼统。比如,2010年颁布的《广州市重大行政决策程序规定》规定了行政决策中公众参与、专家咨询、风险评估、合法性审查等行政决策机制。但基于彼时大数据概念并未

兴起,再加上在理念上并未觉得大数据与普通信息来源有何不同。目前,国内类似于广州市行政决策的程序性规定均未单独涉及大数据的应用。如前所述,大数据的海量信息会影响决策质量,迟缓决策的步伐。大数据不断更新、发展,真实、完整的数据提升了行政决策的准确度,当信息数据发生冲突时如何辨别其中的真伪至关重要。同时,在决策过程还必须甄别数据,剔除毫无使用价值或者低价值的信息,以便准确、及时作出行政决断。当数据量达到一定的量级时,海量的数据筛选过程也将消耗的大量时间从而延缓行政决策的步伐。如何筛选大数据成为行政决策程序法定化中的必备环节。

政府依赖的大数据并非完全可靠,日常数据中掺杂着大量的虚假、偏离数据,过度甚至单纯依赖数据不仅要承担巨额成本而且有可能收获失真数据,导致决策方向完全偏离事实。随着大数据的普及,完全依赖数据会导致行政思维和决策的僵化。受限于人类的有限智慧、逻辑能力,行政决策自始就离不开数据分析的支持,无论是简单的书面数据信息还是如今的大数据,但人类自身包括创造力、洞察力等主观能动性却是数据分析所不能实现的。因此,数据的分析也要结合行政决策机关中人的主观能动性,数据永远只是冰冷的数字而无法完全替代人。

因此,行政决策中大数据的使用理念应当与新时期行政程序的设置相匹配。大数据时代的政府决策必须改变传统的定向思维模式,重视“琐碎的多数”,利用高效便捷的数据收集方法收集全面完整的数据,考量事物之间的逻辑联系<sup>[12]</sup>。大数据思维要求弱化在条件有限情况下对信息精确度的要求,力争通过大规模的数据分析得出结论,而不再依赖样本分析。政府在决策过程中应该克服大数据万能的思维以预防大数据依赖症,但更应善于利用大数据的共享、客观来改善政府自身决策不够全面、过于主观的缺点,变单方决策为多方参与决策,在公共决策中实现大数据运用的趋利避害。

数据开放共享不仅是政府出于由治理型政府转变为服务型政府的内在需求,更是推进政府决策

治理转为公共行政与建立现代服务行政体系的必由之路。推动政府在法律框架内的决策数据开放、共享,有助于增强公众对政府的信任,实现政府决策科学化和治理的协同化,推动政府由政府单独决策向社会多元共治转型。如何结合政府信息公开制度实现数据开放,是实现政府决策民主化的现代途径。数据的开放共享可以有力保障公民参政议政的知情权,有针对性地改善政府公共服务的质量,提升政府决策精准、高效的公众形象,同时客观上又增强了数据信息的自由流动,提高大众参与政府公共治理创新的能力。决策数据开放可以作为政府信息公开的一个子课题,将社会不同阶层的意见充分吸纳到公共决策中,以强化政府决策的科学化、民主化。美国奥巴马政府时期颁布的《开放政府指令》(Open Government Directive)及Data.gov网站,就从立法与实践两个层面实现了行政决策数据的开放、共享和使用。实践证明,正是基于美国政府规范和引导开放政府数据,不仅有效地促进了各州有针对性地发展自主经济,同时还因激发了民众的参政热情而促进联邦政府的行政效率,刺激了大数据有关的能源、环境和气候等新兴领域的投资和创新。另外,美国联邦政府启动的警察数据倡议,使执法机构能够通过客观的执法数据分析以提高警察执法的透明度,最终改善警务执法的实际效果和减少了不必要的武力使用。

(三)对大数据的使用后果规定相应的法律责任。违规使用大数据导致行政决策失误的行为必须有相应的追责制度。

大数据由于其信息提供的匿名和交互,不良信息的出现概率远远大于传统社会,贩卖隐私、网络“水军”等受利益驱使的失范行为时常发生,依赖大数据的行政决策同样面临道德风险。虽然大数据技术的发展为民众获取政府的所谓内部信息提供了便利,政府决策机关与相对人之间信息不对称带来的决策风险会逐步减弱直至消失,但是决策机关出于部门利益或者私利有可能凭借对大数据来源的垄断,在行政决策的制定、执行与评价环节,通过信息隔断等手段阻碍公民参与,甚至将大数据作为

谋取部门或者个人利益而非出于优化决策的本意,使得行政决策服务于公共利益的目的可能最终落空。除此以外,大数据时代的政府决策还担负着维护数据安全和个人隐私的法律义务。在政府决策过程中,作为集数据的生产、存储、管理和使用于一身的政府,如果只是单纯通过技术手段试图限制政府对用户信息的使用,从而实现对公民隐私权的保护似乎困难重重。从政策、法律法规层面看,需要法律明确政府大数据的使用方式和内部程序,应当在法律上具体到政府可以利用数据做什么和禁止做什么,通过禁止性的法律规定将政府使用有关个人信息大数据的行为纳入法治化轨道。

在违反大数据使用规程和相关法律义务的情况下,应依法启动相应的追责机制,实现责任、权力和权利的法律统一。具体而言,厘清有关大数据运用中行政决策的法律责任要把握以下两个方面:首先要明确决策的责任主体。责任主体的确定总体上应遵循谁决策、谁负责,个人决策则个人负责,集体决策则集体负责的原则。我国决策机构普遍实行集体领导和个人分工负责的领导体制,在相关集体决策的法律要件中应明确各个决策者的责任范围,避免出现人人有权,人人不负责任的现象。在大数据使用的过程中,还存在大数据的提供者和使用者的分离的情况,大数据提供者行为失误和使用大数据的决策者失误是两个概念,应当分情况根据责任过错的不同分别确定责任主体。其次要按照合法性原则和严格责任原则来启动追责。行政决策的法律责任条件是严格责任及过错原则。虽然如前所述,在行政决策中决策机构应尽量避免单纯依赖于大数据,但无论如何都不可能保证行政决策始终按照既定轨迹运行。出现了决策失误时,要查清客观因素与非客观因素。由大数据信息本身客观因素引发决策失误,决策行为本身应该是合法的行为,造成的决策损失应由国家补偿,决策机构不应承担责任;但由决策机构道德失范或者恶意使用大数据的主观过错引起决策失误,这就涉及主观违法的问题,国家在承担赔偿责任后应当依照内部程序追究有关人员的行政责任。

综上,借助于大数据的行政决策虽与普通的行政决策在决策程序上总体并无太大差别,但基于大数据的技术特点,法律法规应增设大数据的提供程序以及数据公开、数据泄露等预防和弥补程序,通过大数据使用的法治化,确保行政决策优化。

## 五、结语

行政决策从本质上而言,是行政机关在信息整合认知的基础上作出的行政行为,信息的获取渠道、准确度等直接决定了行政决策的质量。大数据通过其信息开放、共享的特征,拓展了信息搜集、反馈渠道,很大程度上克服了信息传递受阻于长官意志、行政系统封闭循环等的弊端,将开放、包容的公共行政理念引入行政决策程序中。但不容忽视的是,大数据本身信息量庞杂、良莠不齐,甚至掺杂一些错误信息,这些错误信息不仅会迟滞行政决策的作出,甚至会通过数据影响、误导行政决策的方向。实践证明,大数据在行政决策中的运用是大势所趋,在决策过程中引入大数据的定量分析,能有效地避免和克服行政决策的盲目性、主观随意性,提高行政决策的效率和准确度,推动行政决策的科学化、民主化。但是,由于实践中我国有关大数据采集、运用和保护的法律依据不充分,行政决策者在如何发挥大数据能动性上又存在认识偏差,以及大数据的安全性得不到应有的保障等原因,大数据在促进行政决策优化方面的能动性尚未得到充分发挥。基于此,行政机关应更多地考虑如何从法律制度上合理设定行政决策程序中大数据的运用,比如大数据运用中对公民隐私权的保护、大数据的具体适用条件以及大数据使用过程中的法律责任归属。唯有从法律层面将行政决策置于法治轨道中,方能借助大数据实现行政决策的程序公开,利用数据的交互性提高民众参与政府行政决策的深度和广度,实现行政决策的高效和优化。ML

参考文献:

[1] Viktor Mayer - Schonberger , Kenneth Cukier. Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live Work and Think [M]. London: Hodder Export ,2013: 258.

[2]叶必丰. 行政决策的法律表达 [J]. 法商研究 , 2016( 2) : 75 - 85.

[3]李新玲. 大数据: 应用跑到了科研前头 [N]. 中国青年报 2012 - 11 - 08( 12) .

[4]阿里巴巴数据技术及产品部. 大数据之路——阿里巴巴大数据实践 [M]. 北京: 电子工业出版社 2017: 2.

[5]埃丝特·戴森. 大数据利弊之辩 [J]. 中国经济报告 2013( 6) : 23 - 24.

[6] 张建设. 大数据: 战略论的终结与社会化决策的兴起 [J]. 企业管理 2012( 10) : 92 - 94.

[7] 齐爱民, 祝高峰. 论国家数据主权制度的确立与完善 [J]. 苏州大学学报( 哲学社会科学版) , 2016( 1) : 83 - 88.

[8] 张峰. 大数据: 一个新的政府治理命题 [J]. 广西社会科学 2015( 8) : 133 - 138.

[9]涂子沛. 大数据: 正在到来的数据革命 [M]. 桂林: 广西师范大学出版社 2012: 21.

[10]常文英, 刘冰. 基于可信度分析的微博用户个人信息泄露实证研究 [J]. 情报杂志 2015( 8) : 169 - 176.

[11] 范为. 大数据时代个人信息保护的路径重构 [J]. 环球法律评论 2016( 5) : 92 - 115.

[12]维克托·麦克·舍恩伯格, 肯尼斯·库耶克. 大数据时代: 生活、工作与思维的大变革 [M]. 周涛, 译. 杭州: 浙江人民出版社 2013: 38.

## Legalization of Big Data Application in Administrative Decision-making

SUN Li-yan

( School of Law , Xiamen University , Xiamen 361005 , China)

**Abstract:** In today's society , the administrative decision-making highly depends on the information. The integrity and accuracy of information collected by administrative organs directly determine the quality of administrative decision-making. The traditional thinking of official position , the hierarchical administrative systems , and the limitation of the information transmission channels within the system , obstruct the interactive channel between information and administrative decision-making. The development and application of big data has made the two connected and inter-flowed more smoothly , but while the big data provides massive information for administrative decision-making , it is also prone to appear that the information be used , edited by others and mislead the administrative decision-making. In order to play a positive role for big data on administrative decision-making , the legislation should regulate on the extraction , the application procedures , and the legal consequence of the application of the big data. Only by putting the application of the big data into the orbit of the rule of law can we truly achieve the integrity and accuracy of the administrative decision-making.

**Key Words:** administrative decision-making; big data; the rule of law

本文责任编辑: 李晓锋